

---

## Chronique de droit des discriminations (avril 2016-septembre 2016)

Droit des discriminations

**Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Claire Langlais, Marjolaine  
Roccati et Marc Touillier**

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3251>

DOI : 10.4000/revdh.3251

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Claire Langlais, Marjolaine Roccati et Marc Touillier, «  
Chronique de droit des discriminations (avril 2016-septembre 2016) », *La Revue des droits de l'homme*  
[En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 juillet 2017, consulté le 03 mai 2019. URL :  
<http://journals.openedition.org/revdh/3251> ; DOI : 10.4000/revdh.3251

---

Ce document a été généré automatiquement le 3 mai 2019.

Tous droits réservés

---

# Chronique de droit des discriminations (avril 2016-septembre 2016)

Droit des discriminations

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Claire Langlais, Marjolaine Roccati et Marc Touillier

---

## 1°/ Législation et actes réglementaires

### A – De nouveaux critères de discrimination

- 1 Une loi adoptée en juin dernier a enrichi le dispositif de lutte contre les discriminations d'un nouveau motif, en consacrant autant dans la loi de 2008 qu'à l'article 225-1 du Code pénal : la « particulière vulnérabilité résultant de [la] situation économique »<sup>1</sup>. S'inspirant des recommandations de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)<sup>2</sup> et du plaidoyer d'ATD Quart-Monde, la proposition de loi prévoyait dans sa formulation d'origine de prohiber les discriminations à raison de la « précarité sociale ». Si l'on peut se féliciter de la prohibition d'un type de discrimination fréquemment constaté, la question de son effectivité se pose d'autant plus que les personnes en situation de précarité sociale recourent peu aux tribunaux pour faire valoir leurs droits. Son utilisation au contentieux ne manquera pas non plus de soulever des difficultés pour les victimes<sup>3</sup>. Enfin, l'introduction de ce nouveau motif de discrimination ne doit pas faire oublier, comme le rappelle le Défenseur des droits que les « réponses de fond à la lutte pour les droits des personnes les plus pauvres relèvent moins de la lutte contre les discriminations (action de nature juridique) que de la lutte contre les exclusions (action de nature politique et sociale) »<sup>4</sup>.
- 2 La loi relative à l'égalité et citoyenneté, promulguée en janvier 2017, a procédé à un « retoilettage » des dispositions de la loi de 2008 relative à la lutte contre les discriminations sur lequel il conviendra de revenir dans la prochaine édition<sup>5</sup>, ainsi qu'à

une harmonisation des critères mentionnés dans la loi de 2008 et à l'article 225-1 du Code pénal. Elle a également introduit un nouveau motif de discrimination : « la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ».

## B – Don de sang et orientation sexuelle

- 3 Depuis le 11 juillet 2016, les hommes ayant des relations homosexuelles sont autorisés à faire un don de sang. Considérés comme « groupe à risque », il leur était interdit depuis 1983 de donner leur sang afin d'éviter la propagation du virus du sida. La Cour de Justice de l'UE avait estimé en 2015 que cette interdiction pouvait être discriminatoire. Les juges admettaient la possibilité d'apporter des limites au principe de non-discrimination à condition que celles-ci soient proportionnées, « nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui », en l'occurrence « protéger la santé des receveurs »<sup>6</sup>. A la suite de cet arrêt, la ministre de la santé avait annoncé une évolution par étape. Les dons sont donc désormais possibles mais à certaines conditions précisées en annexe de l'arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang<sup>7</sup> et variables selon le type de don.

## 2°/ Droit administratif (T.D.)

### A – Limite d'âge dans l'exercice des professions réglementées

- 4 **CE, Ord., 11 juillet 2016, Association Défense du droit à l'exercice de la profession d'huissier de justice, Req. n° 400683**
- 5 **CE, Ord., 11 juillet 2016, Association pour la promotion et la défense du notariat, Req. n° 400723**
- 6 **CE, Ord., 11 juillet 2016, E., D., B., c. Min. de la Justice, Req. n° 400857**
- 7 La légalité des limites d'âge dans l'exercice d'une profession n'en finit pas d'alimenter le contentieux administratif<sup>8</sup>. En l'occurrence, il s'agissait de plusieurs officiers ministériels : huissiers, notaires et commissaires-priseurs ont déposé chacun de leur côté un recours, assorti d'une demande de suspension en référé, visant le décret du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels<sup>9</sup>. Précisant les dispositions de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », ce texte reprenait la limite de l'âge légal à 70 ans pour l'exercice de ces professions. Saisi de la loi, le Conseil constitutionnel avait examiné la constitutionnalité de cette limite d'âge au regard de l'atteinte apportée à la liberté d'entreprendre<sup>10</sup>. Selon lui, cette atteinte n'était pas disproportionnée en raison, d'une part, de l'objectif du législateur de « favoriser l'accès aux offices existants et le renouvellement de leurs titulaires » et, d'autre part, de la possibilité d'une prolongation d'activité pendant une durée maximale d'un an avant que le successeur ne prête serment. Le décret ayant repris cette limite d'âge, les requérants ont saisi le Conseil d'Etat pour contester cette fois-ci sa conformité au regard du droit de l'UE : ils soulevaient notamment le moyen tiré de la méconnaissance du principe de non-discrimination (en référence à la Charte des droits fondamentaux et à la directive 2000/78).

- 8 Après avoir reconnu la légitimité de l'objectif poursuivi – le renouvellement de la profession –, la Haute juridiction estime que le dispositif mis en place pour y parvenir est approprié et nécessaire. On relèvera que, bien qu'intervenant en référé, le juge a usé de ses pouvoirs d'instruction en demandant au ministre de la justice, dans les trois affaires, une étude d'impact de la limite d'âge des professions concernées en précisant le nombre de professionnels de plus de 68, 69, 70 et 71 ans ainsi qu'une évaluation du nombre de professionnels susceptibles de se porter acquéreurs d'offices. Ces études l'ont manifestement convaincu du caractère approprié de la disposition. Sauf à remettre en cause la pertinence de ces évaluations, le juge tranchera sans doute dans le même sens lorsqu'il règlera l'affaire au fond.

## B – Accès à la fonction publique

- 9 CE, 8 juillet 2016, *M. A. c. Ministre de la Justice*, Req. n° 392777
- 10 CE, 27 juillet 2016, *M. A. c. Ministre de la Justice*, Req. n° 393669
- 11 Remettre en cause la décision d'un jury de concours devant le juge est particulièrement difficile. Le Conseil d'Etat leur reconnaît en effet un pouvoir d'appréciation souverain, sanctionnant toutefois une « erreur manifeste d'appréciation ». Il a également eu l'occasion de préciser dans une affaire mettant en cause le caractère discriminatoire d'un refus d'admission à un concours, que « s'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats, il lui appartient en revanche de vérifier que le jury a formé cette appréciation sans méconnaître les normes qui s'imposent à lui »<sup>11</sup>. Encore faut-il que le juge dispose des moyens de contrôler les éléments d'appréciation sur lesquels le jury s'est fondé pour évaluer les aptitudes du candidat.
- 12 Dans les deux cas d'espèce, les requérants souhaitaient devenir magistrats. Le premier (n° 392777) avait emprunté la voie du concours d'entrée à l'ENM. Mais, au terme de sa formation, il avait fait l'objet d'une décision d'inaptitude à l'exercice des fonctions judiciaires par le jury de l'examen de classement et d'aptitude des candidats aux fonctions de magistrat. Le candidat se plaignait d'une discrimination sans que les termes de l'arrêt ne permettent de révéler pour quel motif. Ne relevant aucun élément de fait permettant de laisser présumer une discrimination d'une part, et dans la mesure où le jury ne s'est manifestement fondé que sur des critères relatifs à la manière de servir du requérant, le juge en conclut qu'il n'y a pas eu de discrimination.
- 13 Dans la seconde affaire (n° 393669), le requérant qui se prévalait d'une expérience professionnelle conséquente dans le domaine du droit avait sollicité une intégration directe dans la magistrature. Mais la commission d'avancement a émis un avis défavorable à cette intégration. A l'appui de son recours, le candidat malheureux soulève notamment le moyen tiré d'une discrimination en raison de son nom ou de ses origines. Après avoir rappelé son considérant Perreux, et l'exigence de faits laissant présumer une discrimination, la Haute juridiction relève qu'aucune pièce du dossier ne contient de tels éléments. Elle en conclut donc qu'il n'y a pas eu de discrimination.
- 14 La règle probatoire issue de la jurisprudence Perreux, si elle allège le fardeau de la preuve qui pèse sur le requérant, ne lui épargne pas la fourniture de quelques éléments de preuve susceptibles de laisser présumer une discrimination.

## C – Accessibilité universelle

- 15 CE, 6 juillet 2016, **ADEP**, Req. n° 387876
- 16 Dans la lignée des recours portés contre les nouvelles normes d'accessibilité pour les personnes en situation de handicap (voir la 3<sup>ème</sup> édition de la chronique), celui-ci portait sur la légalité de l'arrêté du 8 décembre 2014 fixant les dispositions prises pour l'application des articles R. 111-19-7 à R. 111-19-11 du code de la construction et de l'habitation et de l'article 14 du décret n° 2006-555 du 17 mai 2006 relatives à l'accessibilité aux personnes handicapées des établissements recevant du public (ERP) situés dans un cadre bâti existant et des installations ouvertes au public. Cet arrêté a pour but d'amoindrir la portée d'un certain nombre de règles d'accessibilité des établissements recevant du public et des installations ouvertes au public.
- 17 Parmi les mesures contestées figurait l'article 12 qui dispense, d'une part les hôtels ne proposant que le service de restauration du petit-déjeuner de mettre à disposition des personnes en fauteuil roulant des toilettes adaptées et, d'autre part, qui n'exige pas de mettre en place dans les locaux publics des toilettes adaptées pour chacun des deux sexes lorsqu'il existe des toilettes séparées pour chaque sexe. Selon les associations requérantes, cela créait une discrimination illégale et portait atteinte à la dignité des personnes handicapées. On relèvera au passage avec intérêt que la possibilité de dérogation à la mise en place de toilettes aménagées pour chacun des sexes remet en cause la distinction genrée des toilettes publiques, puisque demeure l'obligation de mettre à la disposition des personnes handicapées des toilettes adaptées mais mixtes.
- 18 Loin de se positionner sur l'éventuelle discrimination issue de ces dispositions, les juges rappellent que la loi de 2005 admet l'adaptation des modalités d'accessibilité notamment lorsqu'il y a disproportion manifeste entre les améliorations apportées par la mise en oeuvre des prescriptions techniques d'accessibilité, d'une part, et leurs coûts, leurs effets sur l'usage du bâtiment et de ses abords ou la viabilité de l'exploitation de l'établissement<sup>12</sup>. Dans la mesure où les dispositions litigieuses ne remettent pas en cause l'accessibilité des toilettes, le Conseil d'Etat écarte ce moyen.
- 19 Finalement, les requérants ont obtenu gain de cause pour une disposition de l'arrêté qui prévoyait une dérogation à la mise en accessibilité des bâtiments présentant certaines caractéristiques rendant « impossible » l'accès aux personnes en fauteuil roulant<sup>13</sup>. Or, ce nouveau motif de dérogation à l'accessibilité pour les ERP n'était pas prévu par la loi. Le Conseil d'Etat l'annule donc.

## D – Droit au séjour

- 20 CE, 20 juin 2016, **M. B c. Préfet du Bas-Rhin**, Req. n° 383333
- 21 CE, 20 juin 2016, **M. A c. Préfet de Haute-Garonne**, Req. n° 387796
- 22 Les requérants, ressortissants de pays tiers, avaient sollicité la délivrance d'une carte de « résident de longue durée ». Pour pouvoir bénéficier de ce statut, l'étranger doit notamment justifier de revenus suffisants afin de ne pas peser sur le système d'aide sociale de l'Etat (art. L 314-8 du CESEDA dans sa rédaction alors applicable). Sur ce point, la loi ne faisait que transposer la directive du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. Le principal moyen soulevé par les

requérants consistait à remettre en cause la conventionnalité de la loi de transposition et donc, indirectement, de la directive. En se fondant sur les articles 8 et 14 de la CEDH et sur l'article 5 de la convention relative aux droits des personnes handicapées, ils faisaient en effet valoir que l'exigence de revenus posée par la directive constituait une discrimination indirecte à l'égard des personnes en situation de handicap qui ne sont pas en mesure d'exercer une activité professionnelle ou ne peuvent exercer qu'une activité limitée. Ils peuvent par conséquent se trouver dans l'incapacité de disposer de ressources suffisantes pour subvenir à leurs besoins sans recourir au système d'aide sociale de l'Etat membre où elles résident.

- 23 Alors qu'en février dernier<sup>14</sup>, le Conseil d'Etat avait admis que le refus du regroupement familial opposé à un ressortissant algérien en raison de l'insuffisance de ses ressources – du fait de son handicap, il ne bénéficiait que de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) – constituait une discrimination prohibée par les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la CEDH, il estime ici qu'il n'y pas de discrimination. Le Conseil d'Etat rappelle d'abord que le refus de délivrance d'un titre de séjour de résident de longue durée ne fait pas obstacle à l'obtention d'un autre titre de séjour. Il en déduit que la condition de ressources prévue par la directive « *est nécessaire et proportionnée au but en vue duquel elle a été prise* », c'est-à-dire éviter que les étrangers qui constituent une charge pour l'Etat ne puissent bénéficier de la possibilité de séjourner plus de trois mois dans un autre Etat membre, comme le permet le statut de résident de longue durée.
- 24 Saisi d'une affaire similaire, le Défenseur des droits avait eu l'occasion de déclarer que l'absence de prise en compte de la situation particulière d'une personne bénéficiaire de l'AAH, consécutive à l'exigence de ressources prévue à l'article L 311-8 du CESEDA, constituait une discrimination indirecte à l'égard des personnes en situation de handicap<sup>15</sup>. Convaincu de l'existence d'une telle discrimination, le législateur a modifié en mars dernier l'article litigieux en précisant que la condition de ressources n'est pas applicable aux demandeurs de la carte de résident qui sont titulaires de l'AAH ou de l'allocation supplémentaire d'invalidité.

## D – Pouvoirs de police

- 25 CE, 13 juin 2016, **M. D et M. A c. Min de l'Intérieur**, Req. n° 372721
- 26 Alors que la Cour de cassation examinait en audience les contrôles au faciès le 4 octobre dernier, la Haute juridiction administrative s'est penchée en juin dernier sur l'éventuel caractère discriminatoire d'une partie du régime légal des contrôles d'identité. A l'occasion d'un recours contre le refus du ministre de l'intérieur d'abroger l'arrêté du 22 mars 2012 relatif aux contrôles d'identité dans les ports, aéroports et gares ferroviaires et routières, les requérants mettaient en cause la conventionnalité de la totalité de l'article 78-2 du code de procédure pénale. Dans la mesure où seul le huitième alinéa de cet article constituait le fondement légal de l'arrêté, le Conseil d'Etat a limité son examen à la conventionnalité de cette disposition<sup>16</sup>.
- 27 Selon les requérants, étaient en cause l'absence de droit à un recours effectif, une atteinte à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée ainsi qu'au principe d'égalité et de non-discrimination. Tous les moyens ainsi soulevés sont écartés par le juge. S'agissant du dernier principe – fondé sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux et sur les stipulations de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale – le Conseil d'Etat s'en tient à une analyse abstraite de la

disposition litigieuse pour considérer qu'elle est parfaitement conforme « par elle-même » à ce principe<sup>17</sup>, renvoyant aux services de police, sous le contrôle du juge, le soin d'en assurer la mise en œuvre sans discrimination. Ce recours aurait justement pu donner lieu à un examen des pratiques policières fondées sur cet article, en situant le problème sur le terrain de la discrimination indirecte. Mais la Haute juridiction administrative est encore réticente à s'engager dans cette voie.

28 **CAA de Douai, 5 juillet 2016, *Com. de La Madeleine*, n° 15DA01895**

29 La LDH avait contesté en 2011 un arrêté municipal interdisant le chiffonage sur le territoire de la commune, mettant notamment en avant son caractère discriminatoire à l'égard des Roms. La municipalité admettait pour sa part que l'interdiction avait été prise dans un contexte marqué par l'installation à proximité de la commune d'un nombre significatif de personnes d'origine « Rom ». Le Conseil d'état intervenant en cassation pour admettre la recevabilité du recours porté par la section locale de la LDH, avait renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Douai<sup>18</sup> (CE, 4 novembre 2015, Commune de La Madeleine, Req. n° 375178) **pour statuer sur le fond. La juridiction d'appel considère d'abord que l'arrêté a pu légalement être adopté au titre des pouvoirs de police du maire, étant nécessaire à la « salubrité publique » et proportionnée au but poursuivi. Surtout, pour écarter le moyen tiré du caractère discriminatoire de l'interdiction qui visait, selon l'association, principalement les personnes d'origine Rom, les juges se contentent d'observer que la mesure était rédigée en termes généraux, sans référence à une catégorie de personnes particulières. Là encore, le Conseil d'Etat n'aborde pas la question d'une éventuelle discrimination indirecte à l'égard d'une catégorie de personnes. C'est sans doute regrettable étant donné la tentation de certains maires d'utiliser leur pouvoir de police pour empêcher la présence sur le sol de leur commune, ou plus particulièrement dans les centres-villes, de certaines catégories de personnes qu'ils jugent indésirables : SDF, Roms, etc.**

### 3°/ Droit social (F.G.)

#### A – Preuve des discriminations : les pouvoirs des juges du fond sur les éléments de preuve apportés

30 **Soc. 6 avril 2016, n° 14-23938 (*A paraître au Bulletin*)**

31 La difficulté de la preuve des discriminations a justifié l'adoption d'un régime légal de preuve dérogatoire au droit commun (C. Trav., Art L. 1134-1 combiné à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008), mais celui-ci s'avère en pratique relativement complexe, et nécessite un certain nombre de précisions concernant tant la répartition du fardeau probatoire que les méthodes d'appréciation des preuves ou encore le rôle du juge et des parties dans ces opérations. L'arrêt du 6 avril 2016 apporte une précision importante sur le rôle que la Cour de cassation entend réserver aux juges du fond dans l'appréciation des éléments de preuve.

32 L'affaire concerne un salarié de la SNCF invoquant l'existence d'une discrimination syndicale subie dans sa carrière, qui avait demandé, entre autres, un reclassement dans la grille de classification. Les juges du fond firent droit à sa demande, estimant que les disparités salariales laissaient supposer une discrimination que l'employeur ne pouvait

parvenir à justifier par des éléments objectifs. La cour d'appel paraissait ainsi à la fois avoir respecté la répartition de l'administration de la preuve imposée par les textes et la méthode de raisonnement promue par la jurisprudence de la Cour de cassation.

- 33 Le pourvoi, habilement rédigé, soulevait divers arguments afin de remettre en question l'appréciation portée par les juges du fond. Il faisait valoir, d'une part, que l'appréciation portée par la cour d'appel avait méconnu les règles d'administration de la preuve, en se basant sur des panels produits par le salarié relatifs à des éléments de comparaison insuffisamment précis et, d'autre part, que les juges du fond seraient allés trop loin en substituant leur appréciation à celle de l'employeur à l'égard du déroulement de la carrière du salarié, l'employeur étant seul juge des aptitudes des salariés à exercer les fonctions en jeu. En quelque sorte, les juges du fond n'iraient pas assez loin dans l'appréciation des éléments de preuve présentés par le demandeur mais iraient trop loin dans l'appréciation des justifications de l'employeur.
- 34 Ces deux arguments conduisent la Cour à se prononcer à la fois sur le pouvoir des juges du fond d'apprécier les éléments de preuve produits et sur les limites de leur pouvoir au regard des pouvoirs de gestion de l'employeur.
- 35 En premier lieu, la Chambre sociale rappelle que les juges du fond sont souverains dans l'appréciation des éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis. Néanmoins, cette prérogative traditionnelle reconnue aux juges du fond s'avère plus complexe lorsque la production de ces éléments s'insère dans un régime d'administration de la preuve imposé par la loi : il revient alors à la Cour de cassation de vérifier sa bonne application<sup>19</sup>. Laissant les juges apprécier souverainement la valeur des éléments de preuve, la Cour se doit de vérifier, en contrôlant la motivation de la décision des juges du fond, que les éléments ainsi appréciés peuvent prendre place de manière correcte dans les règles d'administration de la preuve. Dans le droit des discriminations, se pose ainsi la question de savoir si les juges du fond ont correctement opéré le raisonnement en deux temps séparant la charge du salarié (faire valoir des éléments de fait laissant supposer une discrimination directe ou indirecte) de celle de l'employeur (prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination). En l'espèce, la Chambre sociale vérifie bien que les juges du fond ont « relevé que l'évolution de cette carrière révélait des disparités laissant supposer l'existence d'une discrimination par rapport aux salariés de l'entreprise se trouvant dans une situation comparable », et que l'employeur « n'apportait pas d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination justifiant ses décisions ». Elle se contente ainsi de mentionner le respect, dans la motivation de l'arrêt d'appel, d'un raisonnement en deux temps sans elle-même apprécier la qualification retenue par les juges du fond. Sans reprendre à son compte les qualifications retenues par les juges du fond, elle se contente de prendre acte d'un agencement correct du raisonnement. Le soin pris par la Cour à relever les éléments du raisonnement montre à l'évidence le souci d'une exigence de motivation renforcée sans pour autant vouloir exercer de contrôle sur la qualification elle-même<sup>20</sup>.
- 36 Il reste que l'arrêt montre on ne peut plus clairement que la Cour de cassation se refuse à exercer un contrôle de la qualification à l'égard des éléments produits. L'employeur invoquait dans le premier moyen du pourvoi que les éléments apportés au titre de la comparaison par le salarié ne paraissaient pas suffisamment solides, l'ancienneté, les diplômes, les qualifications et l'expérience des autres salariés n'étant pas analogues. La chambre sociale se contente ici de vérifier que la Cour d'appel a bien procédé à une comparaison sans pour autant entrer dans la méthode de cette comparaison. L'arrêt est



en ce point conforme à la jurisprudence développée par la chambre sociale sur la preuve des discriminations sur la base de panels de comparaison. Elle renvoie à une appréciation souveraine des juges du fond quant à l'examen de la pertinence des panels de comparaison produits<sup>21</sup>. Ce choix fait d'ailleurs écho aux souhaits portés par certains de laisser librement se déployer des débats sur la base d'éléments de comparaison qui peuvent être variés selon les espèces, en fonction à la fois des éléments de preuve disponible et des visages multiples des discriminations subies<sup>22</sup>. En l'espèce, la Cour estime que les juges d'appel ont pu considérer, sur la base des panels produits, que l'évolution de carrière connue par le salarié laissait supposer une discrimination par rapport aux salariés de l'entreprise se trouvant dans une situation comparable.

- 37 En confirmant le pouvoir d'appréciation des juges du fond tout en portant une exigence de motivation renforcée sur les éléments produits, la Cour de cassation semble parvenir à garantir un équilibre minimal entre les intérêts des parties dans les litiges relatifs aux discriminations. Se gardant de figer les méthodes de constitution des panels, elle laisse les demandeurs produire l'ensemble des éléments de preuve dont ils peuvent disposer afin d'engager un litige relatif aux discriminations, tout en conférant aux juges le soin d'apprécier souverainement s'ils sont suffisants afin de laisser supposer l'existence d'une discrimination<sup>23</sup>.
- 38 Les éléments produits par le salarié étant jugés suffisants, il revenait à l'employeur de justifier la différence alléguée. Celui-ci faisait valoir que la différence provenait d'une compétence qu'il avait évaluée inférieure à celle des autres salariés placés dans une situation comparable. La Cour d'appel avait jugé l'argument insuffisamment convaincant. La lecture de l'arrêt d'appel, longuement motivé, montre la complexité ainsi que la richesse des échanges menés sur le terrain des évolutions de carrière des représentants syndicaux<sup>24</sup>. Les arguments avancés de part et d'autre montrent la difficulté à comparer des évolutions de carrière dans une entreprise telle que la SNCF. Les évolutions mêlent des considérations d'ancienneté, l'accès aux formations, la réussite ou l'échec à des examens internes, des choix de promotion, rendant la comparaison entre salariés très difficile. La Cour d'appel estimait, dans un contexte où le salarié avait toujours été bien évalué, que l'argument principal de l'entreprise pour refuser une promotion, tiré de « l'absence de potentiel » - que l'entreprise ne parvenait d'ailleurs pas à expliciter, était de nature purement subjective et ne pouvait expliquer le déroulement de la carrière du salarié. Le pourvoi estime qu'une telle appréciation des juges du fond outrepassait le pouvoir reconnu aux juges, qui auraient substitué leur appréciation à celle de l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. La Cour rejette l'argument sans trop s'en expliquer. Elle estime que les juges du fond avaient « sans se substituer à l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction », estimé que l'employeur n'apportait pas des éléments objectifs étrangers à toute discrimination justifiant ses décisions.
- 39 La Cour rejette ainsi à juste titre l'argument tiré de la théorie de l'employeur seul juge. Si la jurisprudence a pu autrefois refuser au juge le pouvoir de contrôler le bien fondé des licenciements fondés sur l'inaptitude professionnelle, estimant que « l'employeur est seul juge de l'aptitude du salarié »<sup>25</sup>, l'idée même d'un jugement discrétionnaire sur l'aptitude des salariées est combattue dans le droit du licenciement, à travers l'exigence de faits objectifs fondant de telles décisions<sup>26</sup>. L'argument ne pouvait trouver davantage de place pour prospérer dans le droit des discriminations. La nécessité pour l'employeur d'avancer des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ne pouvait que conduire à écarter des raisonnements centrés sur l'invocation de la subjectivité de l'employeur dans

l'appréciation du potentiel des salariés, sauf à ruiner de toute effectivité le droit de discriminations. A minima, l'invocation de l'idée d'un potentiel, d'un pari sur une évolution future des salariés, aurait-elle du prendre appui sur des procédés d'évaluation que l'employeur n'avait apparemment pas utilisés ici. Par ailleurs l'idée d'une appréciation objective du potentiel était ici prise en défaut de cohérence du fait que les évaluations menées à l'égard du salarié licencié lui avaient toujours été favorables, sans réserve particulière.

- 40 C'est finalement le conseil de prud'hommes, dans l'affaire en cause, qui avait le mieux résumé l'exigence portée par la non-discrimination dans la carrière : si l'employeur a « le droit d'individualiser la gestion des carrières et des rémunérations, ces disparités ne peuvent être justifiées par le seul exercice du pouvoir discrétionnaire, car même si l'employeur est libre, dans l'exercice de son pouvoir de direction de l'entreprise, de décider des augmentations de rémunérations qui ne lui sont pas imposées par des dispositions collectives, conventionnelles ou légales, il lui appartient de montrer qu'il en a fait un usage neutre lorsqu'il est tenu de respecter des règles d'égalité de traitement ».
- 41 Il apparaît au total que l'arrêt, en refusant de faire place à l'idée selon laquelle l'employeur serait seul juge des aptitudes des salariés, se montre pleinement fidèle à l'idée avancée par les textes législatifs d'une justification fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Une telle appréciation exclut que les employeurs fondent leurs justifications sur l'argument d'un pouvoir discrétionnaire rebelle à toute explicitation.

## B - Egalité de traitement à l'égard des femmes en congé maternité

- 42 **Cour d'appel de Rennes, 7 Juillet 2016, n° 13/06886**
- 43 Les congés de maternité et parentaux sont l'une des sources majeures des différences de rémunération connues par les femmes. L'un des facteurs de distinction concerne le maintien des rémunérations pendant les périodes de suspension du contrat de travail, qui, de façon surprenante, n'est que peu encadré. L'employeur n'a, en effet, pas à maintenir le niveau du salaire antérieur, qui est uniquement garanti dans certaines conventions collectives de branches, en complément aux indemnités journalières de la Sécurité sociale. Le maintien de la rémunération antérieure est alors tributaire de la rédaction des clauses, certaines ne garantissant que le paiement d'une partie fixe de la rémunération à l'exclusion de la part variable associée à la présence dans l'entreprise (primes d'activités) ou à la réalisation d'objectifs chiffrés (primes d'objectifs, de performance, etc.). Les règles de non-discrimination permettent-elles alors de mettre en cause ces règles qui pourraient bien constituer une forme de discrimination indirecte fondée sur le sexe ?
- 44 Sans aborder la question frontalement, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes le 7 juillet 2016 montre la possibilité de corriger à la marge cette source d'inégalités. La salariée avait fait l'objet d'une embauche récente. Son contrat de travail prévoyait une partie fixe et une partie variable, la partie fixe devant être à terme réduite au profit d'une augmentation de la part variable. Malgré cela, l'employeur avait procédé, de façon unilatérale, à une augmentation de la partie fixe, avant de la réduire de façon rétroactive après que la salariée ait fait connaître son état de grossesse et ses droits à congé maternité.

- 45 Faute de fondement contractuel empêchant de remettre en question ce changement de la rémunération, la Cour d'appel considère que la décision de l'employeur est constitutive d'une discrimination. Selon elle, le fait de « revenir rétroactivement sur l'augmentation de salaire fixe consentie à Mme B. à compter du 1er janvier 2012, notamment en considération de l'état de grossesse de celle-ci, qui n'est justifiée par aucun élément objectif étranger à toute discrimination, est discriminatoire et donc illicite ». S'agissant en outre de la diminution de la rémunération, la Cour ne se prononce pas directement sur la compatibilité entre la suppression de primes variables en fonction de l'activité et le principe de non-discrimination, mais elle estime qu'en l'espèce, le fait de ne pas avoir défini les conditions du bénéfice de cette part variable de rémunération pour l'année en cause, alors que les conditions précédentes étaient arrivées à échéance, peut également être constitutif d'une discrimination.
- 46 Au titre des réparations, la Cour accepte non seulement un droit au réajustement de la rémunération en application des règles d'égalité, mais également au versement d'une indemnité pour préjudice moral causé par la discrimination d'un montant de 10.000 €.
- 47 La décision montre au total la sensibilité des juges à ces aspects de la discrimination sexuelle. En creux, l'arrêt montre toutefois la fragilité des dispositifs de maintien de la rémunération au cours du congé maternité. Le droit européen pourrait-il conduire à exiger une protection plus ferme ? Le principe du droit au maintien d'une rémunération est garanti par la directive européenne<sup>27</sup>. La Cour européenne de justice a pu indiquer que la salariée pouvait prétendre au « maintien du salaire mensuel de base ainsi que des éléments de la rémunération ou des primes se rattachant à son statut professionnel telles que les primes se rattachant à sa qualité de supérieur hiérarchique, à son ancienneté et à ses qualifications professionnelles », mais ce maintien ne pouvait s'étendre au droit au maintien des sommes versées en contrepartie des astreintes<sup>28</sup>, car la salariée « ne fournit pas les prestations ouvrant droit au paiement de cette indemnité ». La Cour de justice semble ainsi admettre la possibilité de suspendre le versement de primes trouvant leur origine dans l'accomplissement d'activités de travail déterminées. Mais une telle interprétation n'est-elle pas elle-même en tension avec la référence faite dans la directive à la garantie d'un effet utile des dispositions concernant le congé maternité, qui exigent le maintien de la rémunération des salariés<sup>29</sup> : ne faut-il pas que ce maintien soit effectif ?

## C – Discrimination syndicale : complémentarité du droit des discriminations avec le statut protecteur des représentants du personnel

- 48 **Soc. 23 juin 2016, n° 15-14242 (inédit)**
- 49 La coexistence entre les règles relatives à la protection des fonctions représentatives et celles concernant les discriminations pose nombre de questions sur la fonction de chacun de ces corps de règles et sur la manière dont ils peuvent se combiner<sup>30</sup>. Dans un grand nombre de cas, les atteintes portées contre l'exercice du mandat représentatif constituent en même temps des discriminations syndicales.
- 50 L'arrêt de la Chambre sociale du 23 juin 2016 montre l'intérêt de la combinaison de ces règles. Un programmeur informatique avait été envoyé en mission pendant plusieurs mois auprès de la société mère de son entreprise. Quatre jours après qu'il ait demandé la tenue d'élections des délégués du personnel dans l'entreprise, l'entreprise met fin à la

mission et lui impose des horaires qui correspondent à ce qui est stipulé dans son contrat mais n'avaient pas été appliqués jusque-là. La cour d'appel avait refusé de voir dans ce comportement une forme de discrimination, la coïncidence des dates n'étant pas de nature, selon elle, à laisser supposer l'existence d'une discrimination. La décision est cassée : pour la Cour de cassation, le fait d'avoir « mis fin sans motif de façon anticipée à la mise à disposition du salarié quatre jours après qu'il avait envoyé un courrier demandant la tenue d'élections de délégués du personnel, et que lui était aussitôt imposé un horaire qui, quoique prévu par le contrat de travail, ne lui avait jamais été appliqué auparavant » laisse supposer l'existence d'une discrimination, tandis que les arguments de l'employeur sont « impropres à établir que les décisions de l'employeur étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

- 51 L'arrêt montre ainsi que le droit des discriminations permet de compléter le cadre de la protection des représentants du personnel. Le Code du travail (Art. L. 2411-6) permet en effet d'octroyer le statut protecteur des représentants du personnel aux salariés ayant demandé la tenue d'élections professionnelles. Mais les conditions en sont restrictives : il faut que le salarié ait envoyé une lettre recommandée à l'employeur, et le nombre de salariés susceptibles d'en bénéficier est limité. Dès lors le droit des discriminations permet de s'affranchir de ces règles étroites du statut protecteur et de conférer une protection en dehors du cadre restrictif de cette réglementation. Par ailleurs, le droit des discriminations permet d'octroyer une protection même si le salarié n'a pas fait l'objet d'un licenciement.
- 52 Il est enfin à noter que la finalité du droit des discriminations est davantage tournée vers la réparation des préjudices subis par la victime, alors que le régime de protection des représentants du personnel, sans écarter l'octroi de réparations individuelles, vise avant tout la garantie de l'exercice des droits et prérogatives confiées aux représentants du personnel. L'arrêt du 23 juin 2016 confirme donc, s'il en était besoin, l'utilité des normes anti-discriminatoires comme outil de garantie de l'exercice des droits syndicaux.

## 4°/ Droit pénal (M.T.)

### A – Discrimination en raison des opinions politiques

- 53 **Cass. crim., 10 mai 2016, n° 14-88062, inédit**
- 54 La Cour de cassation était saisie d'un pourvoi formé par un particulier à l'encontre de l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue dans l'information suivie du chef de refus du bénéfice d'un droit par dépositaire de l'autorité publique à raison des opinions politiques (art. 432-7 du Code pénal).
- 55 La partie civile soutenait, à l'appui de sa plainte, avoir fait l'objet d'une discrimination dans l'octroi d'un certificat d'urbanisme par les services de sa commune de résidence, dans la mesure où elle aurait dû attendre des années pour obtenir satisfaction alors que son voisin aurait pour sa part reçu délivrance immédiate dudit document pour une demande de permis de construire formée à une date contemporaine. Sommé par le juge d'instruction de s'expliquer plus avant sur le motif discriminatoire dont il aurait été victime, l'intéressé déclarait qu'il s'agissait d'un « mobile politique » : la municipalité, de tendance communiste, aurait voulu favoriser l'un des proches du maire, par ailleurs voisin de la partie civile qui le suspectait d'avoir cherché à acquérir son terrain à vil prix !

- 56 En dépit de ces prétentions sujettes à caution, le magistrat instructeur avait accepté de procéder à des investigations pour vérifier notamment si, dans la zone cadastrale de la parcelle de l'intéressé, des propriétaires auraient sollicité et obtenu des certificats d'urbanisme positifs. Il en ressortait que tel n'était pas le cas et que, contrairement à ce qui était allégué par la victime, sa demande de certificat n'avait été examinée ni par le maire « à tendance communiste », ni par le suivant issu d'« une nouvelle majorité d'obédience (*sic.*) non communiste » à la date à laquelle la demande avait en réalité été déposée, mais par la direction départementale des territoires puisque le certificat était délivré par le maire de la commune mais au nom de l'Etat. Quant au refus émanant de ladite direction, le magistrat l'avait estimé dûment motivé en droit par l'absence d'alimentation de la parcelle en électricité.
- 57 Autant de raisons pour la chambre de l'instruction de conclure à son tour à l'absence de discrimination à raison des opinions politiques de la partie civile, et ce d'autant plus qu'elle se trouvait en réalité dans une situation distincte de celle de son voisin qui avait obtenu à la même époque non un certificat d'urbanisme, mais un permis de construire une maison.
- 58 Les dénégations persistantes de la partie civile dans son pourvoi mêlé de faits et de droit n'auront pas suffi à convaincre du contraire les magistrats de la Cour de cassation. La Haute juridiction estime en effet que la chambre de l'instruction a suffisamment montré que l'information était complète et qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le délit de discrimination reproché, ni toute autre infraction. Dont acte !

## B – Discrimination en raison de l'état de santé

- 59 **Cass. crim., 7 juin 2016, n° 15-80827, inédit**
- 60 Dans un arrêt rendu le 7 juin 2016, la Chambre criminelle admet implicitement que le motif discriminatoire tiré de l'état de santé ne se confond pas avec une « éventuelle fragilité psychologique » appréciée par un recruteur dans le cadre d'un test de personnalité soumis à un candidat à un concours. Il s'agissait en l'occurrence d'une candidature à un emploi dans la gendarmerie nationale pour lequel l'intéressé avait été soumis à différents tests, dont l'un, appelé EAP1, visait à déterminer l'adaptabilité à l'emploi du candidat par la détection d'éventuelles fragilités psycho-pathologiques. Ce test ayant conduit au rejet de sa candidature, il avait déposé une plainte avec constitution de partie civile des chefs de discrimination (art. 225-1 CP), mise en œuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives sans respect des formalités préalables (art. 226-16 CP), et collecte de données nominatives à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite (art. 226-18 CP).
- 61 Les deux délits d'atteinte à la vie privée de la partie civile étaient visés en raison du non-respect prétendu de la réglementation alors applicable au questionnaire utilisé par la gendarmerie nationale pour organiser ses recrutements et d'une exploitation déloyale et sans information préalable suffisante de ce questionnaire. Le délit de discrimination était quant à lui invoqué sur la base d'un refus d'embauche à raison de l'état de santé du candidat. Pour confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue de ce dernier chef, la chambre de l'instruction avait cependant retenu que l'objectif du test incriminé était de déterminer les aptitudes physiques, morales et psychiques du candidat à intégrer le corps

de la gendarmerie nationale dans la perspective des missions pouvant lui être confiées sur le terrain ou dans le cadre d'une enquête. L'appréciation susceptible d'être portée par les examinateurs sur ces aptitudes avait en conséquence été jugée nécessaire, légitime et appropriée pour procéder à un recrutement efficace et pertinent, de sorte que les éléments constitutifs du délit de discrimination faisaient défaut aux yeux des conseillers.

- 62 La partie civile leur reprochait au contraire d'avoir privé leur décision de base légale en refusant toute assimilation entre une éventuelle fragilité psychologique et un état de santé au sens de l'article 225-1 du Code pénal, de surcroît si cet état n'avait pas été médicalement constaté. Cela revenait sinon à étendre, du moins à distendre le motif discriminatoire fondé sur l'état de santé dans le texte pénal car il paraît difficile de considérer qu'une appréciation déterminante de cet état puisse résulter d'un test de recrutement portant sur les aptitudes physiques, morales et psychiques d'un candidat.
- 63 La Haute juridiction rejette le pourvoi dans son ensemble et estime, s'agissant de la discrimination alléguée, que la chambre de l'instruction a justifié sa décision au regard des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Exit donc la tentative d'interprétation accueillante du motif pris de l'état de santé...
- 64 Bien qu'elles portent sur des dossiers dont la teneur était discutable, les deux décisions évoquées plus haut nous rappellent que les condamnations pour discrimination ne sauraient être acquises sur la foi de simples allégations ou d'une interprétation audacieuse des dispositions légales, en particulier lorsque les juridictions d'instruction ne se sont pas contentées d'opposer un refus d'informer à la victime et ont consenti un certain nombre d'investigations pour s'assurer de la véracité des faits.
- 65 L'on serait tenté de considérer qu'il appartient, ici plus qu'ailleurs, aux victimes d'agissements discriminatoires de constituer un dossier probatoire aussi étoffé que possible pour convaincre le juge pénal du bien-fondé de leurs prétentions. L'arrêt qui suit en fournit une parfaite illustration.

## C – Discrimination en raison des activités syndicales

- 66 **Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-81970, inédit**
- 67 Les faits de cette affaire relatent le triste sort réservé à un ingénieur hospitalier principal, élu représentant du personnel, suite au changement de direction intervenu dans l'hôpital où il travaillait au cours de l'année 2011. Le salarié fit rapidement l'objet de « recadrages » par deux membres de la nouvelle direction, qui décidèrent notamment de lui retirer certaines attributions. Peu de temps après, il demanda à être placé en arrêt de travail et soigné pour un état dépressif pendant six mois, période durant laquelle il se vit reprocher par courrier différents manquements et fit l'objet d'un rapport accablant annexé à sa notation 2011. Outre les accusations d'« abus de confiance, manque de loyauté, opacité et opposition à la direction », le rapport faisait état d'un « grave problème de positionnement » en raison de la double « casquette » de l'intéressé, à la fois chef de production cadre A, et représentant du personnel en opposition à la politique de la direction. Le récit ne s'arrête pas là et indique qu'à son retour de congé maladie, le salarié se vit confier des tâches subalternes sans aucun rapport avec son statut de cadre A, perdant au passage toute une série d'avantages liés à ses anciennes fonctions, et transféré dans un bureau esseulé.

- 68 Le salarié finit par porter plainte avec constitution de partie civile pour harcèlement moral et discrimination syndicale (art. 225-1 CP et art. L. 2141-5 du Code du travail). Il reprochait au titre de ce second chef à ses supérieurs de l'avoir retiré de l'organigramme et isolé dans l'entreprise en raison de son activité syndicale. Le tribunal correctionnel accueillit son action en déclarant les prévenus coupables des faits reprochés, ce qu'ils contestèrent.
- 69 La cour d'appel confirma le jugement de condamnation en prenant soin de relever qu'à l'appui de sa plainte, la partie civile fournissait les pièces qui objectivaient le récit chronologique des événements à l'origine de la dégradation de ses conditions de travail : attestations, courriers et comptes rendus de réunions, de sorte que la preuve était rapportée que ces agissements, qui trouvaient partiellement leur origine dans le « positionnement » syndical du salarié, avaient eu pour effet non seulement de dégrader ses conditions de travail conduisant à un arrêt de travail prolongé, mais aussi de compromettre son avenir professionnel. Les prévenus n'en considéraient pas moins que la cour d'appel avait statué par des motifs inaptes à caractériser les discriminations dont l'intéressé se prétendait victime et leur lien de causalité avec son activité syndicale.
- 70 Au vu des faits et de la motivation rapportée de l'arrêt attaqué, on ne s'étonnera pas que la Cour de cassation rejette en définitive le pourvoi en termes expéditifs, la Haute juridiction estimant être en mesure de s'assurer que les juges du second degré avaient caractérisé en tous leurs éléments les délits de harcèlement moral et de discrimination syndicale.

## D – Discrimination en raison de la situation familiale

- 71 **Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80365, à paraître au Bull. crim.**
- 72 Cet arrêt mérite d'être signalé en ce qu'il consacre une approche extensive du motif fondé sur la situation familiale de la victime pour admettre une discrimination liée à un refus d'embauche au sens des articles 225-1 et 225-2, 3°, du Code pénal.
- 73 Les faits remontent à l'année 2002 et trouvent leur origine dans la décision prise par le nouveau président de la communauté intercommunale du nord de la Réunion (CINOR), sous prétexte de réorganisation des services, de refuser le renouvellement du contrat emploi consolidé occupé par l'un des membres du personnel depuis le mois de septembre 1998. Or, jusque-là, ce dernier avait obtenu le renouvellement de son contrat chaque année et espérait bénéficier du plan de titularisation du personnel contractuel mis en œuvre au sein de la CINOR. Il décida donc d'engager une action pour licenciement abusif contre la communauté intercommunale devant le conseil de prud'hommes, puis de porter plainte avec constitution de partie civile contre son président du chef de discrimination pour avoir refusé de renouveler son contrat en raison des activités politiques de son frère.
- 74 Le présent arrêt se limite à la seconde action engagée devant les juridictions pénales, la Cour de cassation ayant jugé dans cette affaire que la règle *electa una via* (selon laquelle la partie qui a exercé son action devant la juridiction civile ne peut en principe plus la porter devant la juridiction répressive) n'était pas applicable en l'espèce, à défaut d'objet identique entre les deux actions (Cass. crim., 19 nov. 2013, n° 12-83294 ; Bull. crim. n° 228).



- 75 Le juge d'instruction saisi du dossier avait ordonné le renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel du chef de discrimination en raison de la situation de famille, mais le tribunal avait accueilli l'exception d'irrecevabilité soulevée par le prévenu. Contrairement à la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, la Cour d'appel de Paris décida, sur renvoi après cassation, d'infirmier le jugement et de condamner le prévenu à six mois d'emprisonnement avec sursis, 15 000 euros d'amende et trois ans d'inéligibilité. Pour les conseillers, le refus de renouveler le contrat à durée déterminée du salarié équivalait à un refus d'embauche ou à un licenciement inspiré par des motifs discriminatoires dès lors que cette décision, dépourvue de justification économique, avait été mise en œuvre selon une procédure exceptionnelle. La cour d'appel vise à ce titre les décisions adoptées à la seule initiative du président, dès sa prise de fonction, et alors que, concomitamment, ce dernier s'opposait au frère de la partie civile dans le cadre d'une campagne électorale. Autant d'éléments qui établissaient la concomitance entre l'arrivée du prévenu à la tête de la communauté intercommunale et la mesure de non-renouvellement du contrat du salarié, de sorte que le délit de discrimination consécutif à un refus d'embauche ou à un licenciement en raison de la situation de famille de la victime, « en l'espèce la carrière ou les opinions politiques de son frère », était caractérisé.
- 76 S'appuyant sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale (art. 111-4 CP), le prévenu rétorqua dans son pourvoi, d'une part, que la décision de non-renouvellement d'un CDD devait être distinguée d'un refus d'embauche ou d'un licenciement au sens de l'article 225-2, 3°, du Code pénal, d'autre part, que la discrimination opérée entre les personnes à raison des opinions politiques d'un membre de leur famille ne constituait ni une discrimination de l'intéressé à raison de sa situation de famille, ni une discrimination à raison de ses opinions politiques. L'argument revenait sans le dire explicitement à contester toute possibilité de fonder la condamnation sur une discrimination indirecte ou « par ricochet », au sens où la victime aurait été discriminée, non en raison de son seul statut de collatéral du rival politique du prévenu ou de ses propres convictions politiques, mais en raison de celles d'un membre de sa famille.
- 77 Si la Chambre criminelle se garde bien de l'exprimer ainsi, elle admet comme la cour d'appel que le refus du renouvellement d'un contrat à durée déterminée d'un salarié, qui entre dans le champ d'application de l'article 225-2, 3° du code pénal, puisse constituer une discrimination « dès lors qu'est avérée la prise en considération, par l'auteur du refus, de l'engagement politique d'un membre de la famille du salarié concerné ». Le pourvoi est en conséquence rejeté et la discrimination indirecte silencieusement, mais sûrement, consacrée !

## 5°/ Cour de justice de l'UE (M.R.)

### A - Discrimination au travail

- 78 CJUE, 14 septembre 2016, *Ana de Diego Porras*, aff. C-596/14
- 79 La Cour était saisie de l'interprétation de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, qui figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.



- 80 Cette clause prévoit une interdiction de traiter, en ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des raisons objectives.
- 81 En l'occurrence, la Cour précise d'abord que l'indemnité de résiliation d'un contrat de travail à durée déterminée est bien comprise dans la notion de « conditions d'emploi ». Elle relève ensuite la différence de traitement entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée. En effet, les travailleurs sous contrat de travail de *interinidad* (intérimaire) ne bénéficient d'aucune indemnité en cas de résiliation de leur contrat, quelle que soit la durée des périodes de services accomplies, alors même qu'ils effectuent un travail analogue ou identique à celui d'un travailleur à durée indéterminée. En l'espèce, la requérante avait occupé pendant sept années consécutives le même poste d'une employée dispensée à temps plein de ses obligations professionnelles pour l'exercice d'un mandat syndical. Ayant caractérisé la différence de traitement, la Cour ne relève pas de raison objective permettant de la justifier.
- 82 CJUE (ord.), 21 septembre 2016, Carlos Alvarez Santirso, aff. C-631/15
- 83 Saisie ici encore de l'interprétation de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, la Cour statue ici par voie d'ordonnance, considérant que la réponse à la question posée peut être clairement déduite de la jurisprudence ou ne laisse place à aucun doute raisonnable. Elle inclut ici dans la notion de « conditions d'emploi » la participation au plan d'évaluation de la fonction d'enseignant et l'incitation financière qui s'ensuit en cas de notation positive.
- 84 En l'occurrence, la Cour caractérise une différence de traitement entre des fonctionnaires statutaires employés dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée et les agents non titulaires employés dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée. Elle relève pourtant que ces deux catégories de professeurs exercent des fonctions similaires et sont soumises à des obligations identiques, notamment au regard des critères retenus dans les plans d'évaluation, tenant à la formation, à la contribution aux objectifs de l'établissement et la participation aux activités de cet établissement.
- 85 La Cour note enfin l'absence de raison objective justifiant de réserver aux seuls enseignants employés dans le cadre d'une relation de travail à durée indéterminée la participation au plan d'évaluation de la fonction d'enseignant.

## B - Discrimination en fonction de l'âge et pension de retraite

- 86 CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri*, aff. C-441/14
- 87 Dans cet arrêt rendu en grande chambre, la Cour précise que le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, s'oppose à une réglementation nationale qui prive un employé du droit de bénéficier d'une indemnité de licenciement dès lors que ce dernier peut prétendre à une pension de vieillesse due par l'employeur au titre d'un régime de pension auquel cet employé a adhéré avant l'âge de 50 ans, également dans un litige entre particuliers. Sa décision se situe dans la lignée d'une jurisprudence antérieure (arrêt du 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, EU :C :2010 :600).

- 88 Saisi du litige, le juge national a l'obligation de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs de la directive. La Cour réaffirme que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge confère aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel qui, même dans des litiges entre particuliers, oblige les juridictions nationales à écarter l'application des dispositions nationales non conformes audit principe. La Cour refuse de mettre en balance ce principe avec les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, invoqués par la juridiction de renvoi.
- 89 **CJUE, 16 juin 2016, *Franz Lesar*, aff. C-159/15**
- 90 Dans cet arrêt, la Cour était interrogée sur la compatibilité avec la directive 2000/78 d'une réglementation nationale qui exclut la prise en compte des périodes d'apprentissage et de travail accomplies par un fonctionnaire avant l'âge de 18 ans aux fins de l'octroi du droit à pension et du calcul du montant de sa pension de retraite, alors que ces périodes sont prises en compte lorsqu'elles sont accomplies après qu'il a atteint cet âge.
- 91 Après avoir constaté la différence de traitement, la Cour de justice examine la possibilité d'une justification au regard de l'article 6 de la directive 2000/78, suivant lequel les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité. Elle relève que la réglementation en cause constitue une expression de la liberté dont disposent les États membres à cet égard.

## C – Absence de discrimination et congé de maternité

- 92 **CJUE, 14 juillet 2016, *Maria Cristina Elisabetta Ornano*, aff. C-335/15**
- 93 Interrogée sur l'absence de versement à une magistrate d'une indemnité relative aux charges que les magistrats ordinaires supportent dans l'exercice de leur activité professionnelle, pour ce qui concerne des périodes de congé de maternité obligatoire, la Cour refuse de reconnaître une discrimination fondée sur le sexe.
- 94 La Cour précise que la travailleuse concernée doit seulement avoir bénéficié pendant cette période d'un revenu d'un montant au moins équivalent à celui de la prestation prévue par la législation nationale en matière de sécurité sociale qu'elle aurait reçue dans le cas d'une interruption de ses activités professionnelles pour des raisons de santé, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Cette dernière doit également s'assurer que ce revenu ne soit pas fixé à un niveau tel qu'il mette en danger l'objectif du congé de maternité.

## D - Prestations sociales et (in)égalité de traitement

- 95 **CJUE, 2 juin 2016, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-233/14**
- 96 Dans le cadre d'une procédure en manquement, la Cour de justice a examiné le recours introduit par la Commission européenne à l'encontre des Pays-Bas, en raison de dispositions nationales excluant les étudiants non néerlandais, sur la base du seul et unique critère de leur nationalité, du bénéfice de la prestation pour frais de transport.
- 97 La Cour juge le recours recevable dans la mesure où il vise à démontrer que la réglementation néerlandaise en cause instaure une discrimination directe à l'encontre

des citoyens de l'Union, autres que ceux possédant la nationalité néerlandaise, qui poursuivent des études dans le cadre de l'enseignement professionnel dispensé dans cet État membre, dès lors que cette réglementation traite lesdits citoyens de manière moins favorable que des citoyens néerlandais qui poursuivent de telles études.

98 La Cour relève que les étudiants en question se voient accorder un titre de transport qui leur permet d'accéder au transport public gratuitement ou à un tarif réduit. S'ils réussissent leurs études dans un délai de dix ans, ils ne sont pas tenus de rembourser une telle prestation. Dans le cas contraire, la prestation doit être remboursée.

99 La Cour estime ainsi que la prestation pour frais de transport, telle qu'elle est prévue par la réglementation néerlandaise, présente les caractéristiques et s'apparente soit à une bourse d'études, soit à un prêt, selon que l'étudiant réussit ou non ses études dans un délai de dix ans. Par conséquent, cette prestation doit être considérée comme étant octroyée « sous la forme de bourses d'études ou de prêts », au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Dès lors, le Royaume des Pays-Bas peut se prévaloir de la dérogation prévue à cet égard pour refuser d'octroyer cette prestation, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non-salariés, les personnes qui gardent ce statut, ou les membres de leur famille.

100 **CJUE, 14 juin 2016, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-308/14**

101 La Cour est saisie d'un recours en manquement concernant les allocations familiales (*child benefit*) et le crédit d'impôt pour enfant (*child tax credit*), à savoir deux prestations en espèces qui ont pour objectif de contribuer à couvrir les charges de famille et qui sont financées non pas par les cotisations des bénéficiaires, mais par la contribution fiscale obligatoire. Selon la jurisprudence de la Cour, ces prestations accordées automatiquement aux familles qui répondent à certains critères objectifs portant notamment sur leur taille, leurs revenus et leurs ressources en capital, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, et qui visent à compenser les charges de famille, doivent être considérées comme des prestations de sécurité sociale (voir également les arrêts du 16 juillet 1992, Hughes, C-78/91, point 22, et du 10 octobre 1996, Hoefer et Zachow, C-245/94 et C-312/94, point 27).

102 En l'occurrence, la législation britannique prévoit de conditionner l'octroi des prestations sociales en cause à la régularité du séjour sur leur territoire des ressortissants d'autres États membres qui sollicitent le bénéfice de telles prestations. La Cour considère que la Commission n'a pas démontré que ce critère du droit au séjour affecte, en soi, la disposition de l'article 11, paragraphe 3, sous e), du règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, relatif à la vérification du caractère habituel de la résidence.

103 La Cour relève néanmoins que cette réglementation crée une inégalité de traitement entre les ressortissants britanniques et les ressortissants des autres États membres, une telle condition de résidence étant plus aisément remplie par les ressortissants nationaux, qui ont leur résidence habituelle le plus souvent au Royaume-Uni, que par les ressortissants d'autres États membres, dont la résidence est en revanche située, en règle générale, dans un autre État membre que le Royaume-Uni. Toutefois, elle estime que la nécessité de protéger les finances de l'État membre d'accueil justifie en principe la

possibilité de contrôler le caractère régulier du séjour au moment de l'octroi d'une prestation sociale notamment aux personnes provenant d'autres États membres et économiquement non actives, un tel octroi étant susceptible d'avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être accordée par cet État.

- 104 La Cour ajoute que le contrôle du respect des conditions fixées par la directive 2004/38 pour l'existence du droit de séjour n'est pas effectué systématiquement et n'est par conséquent pas contraire aux exigences de l'article 14, paragraphe 2 de la directive. Ce n'est qu'en cas de doute que les autorités britanniques procèdent aux vérifications nécessaires pour déterminer si le demandeur remplit, ou non, les conditions prévues par la directive 2004/38, notamment celles visées à son article 7, et, partant, s'il dispose d'un droit de séjour régulier sur le territoire de cet État membre, au sens de cette directive
- 105 Dès lors, la Cour considère que cette exigence ne constitue pas une discrimination prohibée en vertu de l'article 4 du règlement n° 883/2004.

## E - Absence de discrimination et non-extradition des nationaux

106 **CJUE, 6 septembre 2016, *Aleksei Petruhhin*, aff. C-182/15**

- 107 Dans cet arrêt rendu en grande chambre, la Cour est confrontée à une demande d'extradition émanant du Procureur général de la Fédération de Russie à l'encontre d'un ressortissant estonien résidant en Lettonie. La juridiction de renvoi interrogeait la Cour sur le fait de savoir si l'absence de protection des citoyens de l'Union contre l'extradition, lorsqu'ils se sont déplacés dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité, est contraire à ce qui fait l'essence de la citoyenneté européenne, à savoir le droit des citoyens de l'Union européenne à une protection équivalente à celle des ressortissants nationaux.
- 108 La Cour de justice constate une différence de traitement, selon que la personne dont l'extradition est demandée par un État tiers est un ressortissant national ou le ressortissant d'un autre État membre, qui se traduit par une restriction à la liberté de circulation de ce dernier, au sens de l'article 21 TFUE. Toutefois, la Cour estime cette restriction justifiée par l'objectif de la lutte contre l'impunité d'une personne se trouvant sur un territoire autre que celui sur lequel elle a prétendument commis une infraction.
- 109 La Cour ajoute néanmoins que l'État membre qui s'est vu adresser une demande d'extradition est tenu d'informer l'État membre dont ledit citoyen a la nationalité et, le cas échéant, à la demande de ce dernier État membre, de lui remettre ce citoyen, conformément aux dispositions de la décision-cadre 2002/584 du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. La remise nécessite que cet État membre soit compétent, en vertu de son droit national, pour poursuivre cette personne pour des faits commis en dehors de son territoire national.
- 110 Enfin, la Cour précise que l'État membre à qui la demande est adressée vérifie que l'extradition ne porte pas atteinte aux droits visés à l'article 19 de la Charte, à savoir ne pas extraditer la personne concernée vers un État où il existe un risque sérieux qu'elle soit soumise à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

## 6°/ Cour européenne des droits de l'homme (C.L.)

### A - Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

- 111 **Cour EDH, 4<sup>ème</sup> sect., 12 avril 2016, *M.C et A.C c. Roumanie*, req. n° 12060/12**
- 112 Après avoir participé à la marche des fiertés de Bucarest, organisée par une association LGBTI et encadrée par les forces de l'ordre, les deux requérants sont attaqués physiquement et verbalement dans le métro. L'enquête sur les faits est finalement arrêtée après que l'affaire ait été transmise à plusieurs commissariats de police, et ce quand bien même les requérants avaient transmis des informations essentielles à l'identification de certains attaquants. Ils allèguent alors d'une violation des articles 3, 8 et 14 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention. En s'appuyant sur sa jurisprudence passée (voir not. Cour EDH, 4<sup>ème</sup> section, 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie*, req. n° 73235/12), la Cour rappelle que les violences verbales, telles que les insultes à caractère homophobes prononcées à l'encontre des requérants, peuvent suffire à enclencher l'article 3, d'autant plus lorsque les autorités nationales ne respectent pas les éléments procéduraux et l'obligation positive d'enquête découlant de cette disposition de la Convention. La Cour conclut que le seuil de gravité nécessaire pour enclencher l'article 3 est atteint. Selon elle, les autorités nationales auraient dû enquêter sur les faits, et prendre en compte le caractère homophobe des injures.
- 113 **Cour EDH, 5<sup>ème</sup> sect., 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07**
- 114 L'affaire Chapin et Charpentier est plus connue en France sous l'appellation du « mariage de Bègles », célébré en 2004 dans la ville de Bègles entre deux personnes de même sexe. Même si la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe en France, la Cour en l'espèce se place dans le contexte antérieur à cette loi, dans lequel l'interprétation restrictive du Code civil par la Cour de cassation ne rendait formellement possible le mariage qu'entre un homme et une femme. Dans ce cadre, elle applique un raisonnement classique et rappelé à maintes reprises selon lequel ni l'article 12, ni l'article 14 combiné avec l'article 8, ne peuvent s'interpréter comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (voir not. Cour EDH, 1<sup>ère</sup> section, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, CEDH 2010-IV ; Cour EDH [GC], 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09, §96 ; et plus récemment, Cour EDH, 21 juillet 2015, 4<sup>ème</sup> section, *Oliari et autres c. Italie*, req. n° 18766/11 et 36030/11, §§192-194). Par suite, elle considère que l'annulation du mariage de Bègles n'est pas contraire à la Convention.
- 115 **Cour EDH, 3<sup>ème</sup> sect., 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, req. n° 35214/09**
- 116 Suite au décès de son partenaire avec lequel il entretenait de facto une relation maritale depuis douze ans, le requérant demande à bénéficier de la pension de survivant (« survivor's pension »), laquelle lui a été refusée par les autorités nationales.
- 117 La Cour constate en l'espèce une non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention et l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la Convention en estimant qu'avant la loi de 2005 autorisant les couples de personnes de même sexe à se marier, le partenaire survivant d'un couple homosexuel n'était pas placé dans une situation entièrement comparable à celle du partenaire survivant d'un couple hétérosexuel ne s'étant pas marié du fait de l'impossibilité avant 1981 de divorcer. Elle note que le refus des autorités

nationales d'accorder la pension au requérant est basé exclusivement sur le fait que le requérant n'était pas marié à son partenaire avant le décès de ce dernier, le mariage étant un prérequis à l'obtention de la pension de survivant et le décès ayant eu lieu trois ans avant la reconnaissance juridique du mariage pour les couples homosexuels (§83).

118 **Cour EDH, 1<sup>ère</sup> sect., 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, req. n° 51362/09**

119 Les requérants, un couple homosexuel non-marié mais entretenant de facto une relation maritale, allèguent que le refus d'octroyer au second requérant, ressortissant néo-zélandais, un permis de séjour pour raison familiale en Italie s'analyse en une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

120 La Cour constate une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention en estimant que l'interprétation restrictive de la notion de « membre de la famille » constitue un obstacle insurmontable à l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale pour les couples homosexuels (§ 83). Aux yeux de la Cour, en accordant la qualité de « membre de la famille » aux seuls « époux » et non aux concubins, l'État italien n'a pas dûment tenu compte de la situation personnelle des requérants, et notamment de l'impossibilité pour eux d'obtenir en Italie un mode de reconnaissance juridique de leur relation par une union civile ou un mariage. Par ailleurs, la justification apportée par l'État défendeur, à savoir la protection de la famille traditionnelle, ne semble pas constituer une raison « particulièrement solide et convaincante » (Cour EDH [GC], 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09, CEDH 2013-VI, § 92) de nature à justifier, dans les circonstances de l'espèce, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (§ 93).

## B - Discrimination ethnique, discrimination à l'égard des minorités

121 **Cour EDH, 4<sup>ème</sup> sect., 12 avril 2016, *R.B. c. Hongrie*, req. n° 64602/12**

122 L'affaire R.B. c. Hongrie s'inscrit dans une longue lignée d'affaires de discrimination à l'égard de la minorité Rom en Hongrie (voir not. Cour EDH, 2<sup>ème</sup> section, 20 octobre 2015, *Balázs c. Hongrie*, req. n° 15529/12 à propos d'attaques par des personnes privées ; Cour EDH, 2<sup>ème</sup> section, 26 juin 2012, *Borbala Kiss c. Hongrie*, req. n° 59214/11 à propos de brutalités policières).

123 En l'espèce, une manifestation d'un parti politique d'extrême droite et de groupes paramilitaires a eu lieu dans le village où réside la requérante. Durant la journée de manifestation, des débordements, insultes et menaces racistes ont lieu à l'encontre de la minorité Rom de la ville à laquelle la requérante appartient.

124 Pour la Cour, dès lors que les insultes et les actes avaient pour cadre une manifestation contre les Roms, les autorités auraient dû mener l'enquête sur les menaces à l'égard de la minorité Rom de la ville. Elle conclut à la violation de l'article 8 de la Convention en raison du caractère insuffisant de l'enquête menée sur les insultes et menaces racistes. En revanche, elle déclare irrecevable pour défaut manifeste de fondement les griefs concernant l'inaction des autorités pendant la manifestation, considérant que rien dans le dossier n'indique que la réaction des forces de l'ordre face aux manifestants ait été déraisonnable. Elle déclare également irrecevable les griefs tirés de l'article 3 pris isolément ou combiné avec l'article 14, la police ayant effectué une surveillance constante des groupes d'extrême droite pendant plusieurs jours. Pour la Cour, si les propos et les

actes étaient effectivement discriminatoires, ils n'avaient pas atteint le seuil de gravité suffisant permettant de déclencher l'application de l'article 3 dans son volet matériel.

**125 Cour EDH, Gr. Ch., 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, req. n° 38590/10**

126 Le requérant, naturalisé danois avant son mariage, demande à bénéficier du regroupement familial au Danemark pour sa femme, ressortissante ghanéenne. Les autorités danoises lui refusent en raison de la règle des vingt-huit ans, considérant que le requérant n'a pas d'attaches suffisantes avec le Danemark pour demander à bénéficier du regroupement familial.

127 L'arrêt de chambre avait conclu à l'unanimité à la non-violation de l'article 8 pris isolément, et par quatre voix contre trois à la non-violation de l'article 8 combiné avec l'article 14, en appliquant aux faits d'espèce le raisonnement tenu pour Mme Balkandali dans un arrêt de principe de 1985 (Cour EDH [plén], 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, Série A n° 94).

128 Pour le requérant, la loi danoise établit une différence de traitement injustifiée entre deux catégories de citoyens danois, à savoir entre les Danois de naissance et ceux qui, comme le requérant, ont acquis la nationalité danoise par naturalisation. Elle est également discriminatoire sur le fondement de l'origine ethnique, établissant une différence de traitement injustifiée entre les « citoyens d'origine ethnique danoise » et les citoyens danois d'origine ethnique étrangère.

129 Contrairement à la deuxième section de la Cour, la Grande Chambre conclut à la violation des articles 8 et 14 de la Convention. Pour ce faire, elle s'appuie sur la jurisprudence *Hugh Jordan*, rappelant qu'une différence de traitement peut consister en un effet préjudiciable disproportionné occasionné par une politique ou une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, opère une discrimination à l'égard d'un groupe (Cour EDH, 3<sup>ème</sup> section, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, req. n° 24746/94, §154). Par suite, la législation danoise s'analyse en une « discrimination indirecte » (voir not. Cour EDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n° 57325/00, CEDH 2007-IV, §184) et il revient au gouvernement danois de prouver que cette mesure est justifiée. Or, pour la Cour, le Gouvernement danois « n'a pas démontré qu'il existait des considérations impérieuses ou très fortes non liées à l'origine ethnique propres à justifier l'effet indirectement discriminatoire de la règle des vingt-huit ans » (§138), cette dernière favorisant les citoyens danois d'origine ethnique danoise et désavantageant les citoyens danois d'une autre origine ethnique.

130 Au-delà du cas d'espèce, cet arrêt est particulièrement important. En effet, plusieurs organes indépendants s'étaient déclarés préoccupés par la règle des vingt-huit ans et la discrimination indirecte qui en découlait (§§136-137), tels que la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des Nations Unies (CERD) ou encore le Commissaire au droit de l'homme du Conseil de l'Europe.

## C - Discrimination fondée sur la religion

**131 Cour EDH, Gr. Ch., 26 avril 2016, *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, req. n° 62649/10**

132 Les requérants, de confession alévie, se sont vus refuser par les autorités nationales le bénéfice d'un service public religieux pour la communauté alévie, la reconnaissance et le



recrutement de fonctionnaires ministres du culte alévis, l'octroi du statut de lieu de culte aux lieux où ils pratiquent leurs cérémonies religieuses, et des subventions de l'État.

- 133 La Grande Chambre reconnaît une violation de l'article 9 de la Convention en estimant que l'État défendeur s'est ingéré sans justification dans le droit à la liberté de religion des requérants. Pour le Gouvernement turc, la confession alévie est un courant religieux au sein de l'Islam, une « tradition », et non une confession à part entière nécessitant la création d'un service public spécifique. La Cour rejette cet argument : elle considère que la confession alévie présente des caractéristiques distinctives importantes de la conception de la religion musulmane retenue par la Direction des affaires religieuses (§ 122 et § 169). Aux termes d'un examen approfondi, et s'appuyant sur le raisonnement tenu dans de précédents arrêts (voir not. Cour EDH, 1<sup>ère</sup> section, 13 décembre 2001, Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, req. n° 45701/99, CEDH 2001-XII ; Cour EDH, 5<sup>ème</sup> section, 30 juin 2011, Association Les Témoins de Jéhovah c. France, req. n° 8916/05), la Cour conclut que les arguments invoqués par l'État défendeur pour justifier cette ingérence ne sont pas suffisants dans une société démocratique, selon la formule consacrée.
- 134 S'agissant de l'allégation de discrimination sur le fondement de la religion des requérants, la Cour constate une violation de l'article 14 combiné à l'article 9 de la Convention. Pour la Grande Chambre, la qualification de la confession alévie d'« ordre soufi » par les autorités nationales place les requérants et les autres pratiquants de cette religion dans une situation moins favorable par rapport aux autres citoyens turcs, alors même qu'ils sont dans une situation comparable pour ce qui est du besoin de reconnaissance juridique et d'un service public religieux. La différence de traitement entre les citoyens de confession alévie et les autres citoyens est, aux yeux de la Cour, dénuée de justification objective et raisonnable, l'État défendeur n'ayant pas respecté son devoir de neutralité et d'impartialité à l'égard des religions.

## D - Discrimination contre les femmes, violences domestiques

- 135 **Cour EDH, 2<sup>ème</sup> sect., 28 juin 2016, Halime Kiliç c. Turquie, req. n° 6304/11**
- 136 Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas sans rappeler la célèbre décision Opuz (Cour EDH, 3<sup>ème</sup> section, 9 juin 2009, Opuz c. Turquie, req. n° 33401/02, CEDH 2009-III) qui a ouvert la voie à la protection contre les violences domestiques et les violences à l'égard des femmes par le biais de l'article 14 de la Convention. Il s'inscrit surtout dans une série d'arrêts contre la Turquie sur la violence domestique, dans lesquels la Cour conclut systématiquement que la passivité généralisée et discriminatoire de la justice turque crée un climat propice aux violences contre les femmes et aux violences domestiques (voir not. Cour EDH, 2<sup>ème</sup> section, 13 novembre 2014, Durmaz c. Turquie, req. n° 3621/07 ; Cour EDH, 2<sup>ème</sup> section, 23 février 2016, Civek c. Turquie, req. n° 55354/11 ; Cour EDH, 4<sup>ème</sup> section, 22 mars 2016, M.G. c. Turquie, req. n° 646/10)
- 137 En l'espèce, la requérante est la mère de la victime ayant été tuée par son mari. L'ensemble de l'arrêt Halime Kiliç est rendu à la lumière des principes dégagés dans l'arrêt Opuz. La Cour observe en effet que les instances nationales n'ont pas pris les mesures appropriées pour garantir la protection de la fille de la requérante et de ses enfants. Pour la Cour, l'impunité dont a bénéficié le mari reflète « un déni certain » (§120) de la part des autorités nationales face à la gravité des faits de violences



domestiques. La Cour conclut alors à la violation de l'article 2 pris isolément et combiné avec l'article 14.

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

## NOTES

**1. Loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale**

2. CNCDH, Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale, 26 septembre 2013.

3. I. Rodopoulos, « L'absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination reconnus par le droit français : un frein normatif à l'effectivité de la lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, n° 9.

4. DDD, Avis 16-14 sur la proposition de loi n° 2885 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, 31 mai 2016.

5. Cette loi fera l'objet d'une présentation dans la prochaine édition de la chronique. L'action de groupe, introduite par la loi de novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, sera également abordée dans la prochaine édition.

6. CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C 528/13.

**7. Arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang**

8. Voir les chroniques précédentes.

9. Les greffiers qui étaient également concernés par ce décret n'ont pas fait de recours.

10. CC, Décision n° 2015-715 DC du 05 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*

11. CE, 10 avril 2009, M. Haddioui, Req n° . 311888

12. Code de la construction et de l'habitation, art. L 111-7-3.

13. L'arrêté précisait que « cette impossibilité d'accès au bâtiment est avérée notamment si l'espace entre le bord de la chaussée et l'entrée de l'établissement présente à la fois une largeur de trottoir inférieure ou égale à 2,8 m, une pente longitudinale de trottoir supérieure ou égale à 5 % et une différence de niveaux d'une hauteur supérieure à 17 cm entre l'extérieur et l'intérieur du bâtiment ».

14. CE, 15 février 2016, M. A. c. Préfet de la Haute-Vienne, Req. n° 387977.

15. DDD, Décision du Défenseur des droits MLD-2014-164, 6 octobre 2014.

16. Les requérants invoquaient, par la voie de l'exception, la non-conformité de la totalité de l'article 78-2 du Code de procédure pénale aux traités internationaux mais le juge a précisé que « la contrariété d'une disposition législative aux stipulations d'un traité international ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre un acte réglementaire que si ce dernier a été pris pour son application ou si en elle constitue la base légale ».

17. Le Conseil d'Etat prend soin de rappeler qu'« il résulte des termes mêmes des dispositions litigieuses que les contrôles d'identité qu'elles prévoient (...) doivent répondre à des motifs précis d'ordre public tirés de la prévention et de la recherche des auteurs d'infraction liées à la criminalité transfrontalière ; qu'ils sont limités à des zones géographique déterminées en fonction de ces motifs et qu'ils ne peuvent excéder six heures consécutives dans un même lieu ».
18. Voir la troisième édition de la chronique (octobre 2015-mars 2016) : <https://revdh.revues.org/2098#tocto2n8>
19. Cf. Cour de cassation, Rapport annuel 2012, La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, p. 115
20. Cf. M. N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, *Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 1998 (4<sup>ème</sup> éd.), p. 78
21. Soc. 30 septembre 2015, n° 14-17.748, RDT, 2016. 42 obs. N. Moizard.
22. E. Serverin, T. Grunmbach, « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », RDT 2012. 714.
23. Sans-doute les choses seraient-elles plus satisfaisantes pour chacune des parties s'il existait des moyens d'appréciation objectifs du caractère suffisant d'éléments produits pour emporter la conviction d'un juge. L'opération de qualification présente nécessairement une part d'appréciation subjective à laquelle renvoie le standard du caractère « suffisant » des éléments produits afin de présumer de l'existence d'une discrimination : le droit ne peut ici que renvoyer à l'intime conviction du juge, au regard des arguments présentés.
24. Cour d'appel de Rennes, 2 juillet 2014, n° 12/08440.
25. Soc. 4 nov. 1976, Bul. Civ., V, n° 556
26. Cf. E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, 2017 (11<sup>ème</sup> éd.), n° 629.
27. Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.
28. CJUE, 1er juillet 2010, Gassmayr, Aff. C-194/08.
29. Directive prec., considérant n° 16.
30. F. Guimard, I. Meftah, « Entre égalité de traitement et harcèlement, quel fondement juridique pour la discrimination syndicale ? », *Travail et Emploi*, n° 145, janvier-mars 2016, p. 59.

## RÉSUMÉS

*Cette quatrième édition de la chronique de droit des discriminations couvre la période du 1er avril au 31 septembre 2016. Elle rend compte sur cette période de l'actualité législative et jurisprudentielle relative aux discriminations. Pour consulter les trois premiers numéros : n° 1 (octobre 2014-avril 2015), n° 2 (mai 2015-septembre 2015), n° 3 (octobre 2015-mars 2016).*

## AUTEURS

THOMAS DUMORTIER

Docteur en droit (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense (UPOND) – CREDOF)

**FRÉDÉRIC GUIOMARD**

Maître de conférences en droit privé (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – IRERP)

**CLAIRE LANGLAIS**

Doctorante (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CREDOF)

**MARJOLAINE ROCCATI**

Maître de conférences en droit privé (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CEJEC)

**MARC TOUILLIER**

Maître de conférences en droit privé (  
Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CDPC)